

# Devido processo legal substancial

**Autor: Paulo Henrique dos Santos Lucon**

Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estatal de Milão. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP

Publicado na Edição 15 - 22.11.2006

**Sumário:** 1. A real dimensão dos princípios constitucionais e sua importância. 2. Significado do devido processo legal: a) premissas; b) devido processo legal na sua acepção tradicional: procedural due process – devido processo legal processual; c) devido processo legal substancial. 3. Due process of law: convergência de todos os princípios, garantias e exigências do processo civil. 4. Projeções do devido processo legal substancial – do abstrato ao concreto: I) limitação ao poder legislativo: controle difuso e concentrado de constitucionalidade II) limitação ao poder administrativo: controle dos atos administrativos III) limitação ao poder jurisdicional: a) motivação das decisões; b) violação do direito à prova; c) respeito à competência; d) relativização da coisa julgada e erro material (o parágrafo único do art. 741). IV) igualdade substancial: a) assistência judiciária b) inversão do ônus da prova. Conclusão

## 1. A real dimensão dos princípios constitucionais e sua importância

A questão que se coloca hoje é saber como os princípios e as garantias constitucionais do processo civil podem garantir uma efetiva tutela jurisdicional aos direitos substanciais deduzidos diariamente. Ou seja, não mais interessa apenas justificar esses princípios e garantias no campo doutrinário. O importante hoje é a realização dos direitos fundamentais, e não o reconhecimento desses ou de outros direitos.

Os princípios têm a função de organizar o sistema jurídico, atuando como elo responsável por demonstrar os resultados escolhidos pela nação, sendo inegável seu caráter prevalentemente axiológico. Daí a razão pela qual os valores atuais de uma nação determinam a real extensão e interpretação dos princípios.

Por outro lado, estão os princípios consubstanciados, de algum modo, em normas, porque se não estiverem assim dispostos não têm qualquer relevância ou importância para o direito.

Como normas, os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, exercendo uma função criativa na exata medida em que impõem ao legislador a necessidade de criação de novas regras que venham a complementar o sistema ou o microsistema em que estão insertos.

Portanto, os princípios são o ponto de partida ou a regra-mestra para a correta interpretação do sistema jurídico.

Com relação à prevalência de um princípio sobre outro, sob o ponto de vista estritamente normativo, pois princípio jurídico é norma, é importante observar que os órgãos jurisdicionais podem desprezar limites meramente textuais da norma ou mesmo restringir o sentido ordinário de um dispositivo, já que a relação entre norma e valor não depende propriamente da norma ou mesmo dos atributos que dela emergem: essa relação depende das razões utilizadas pelo intérprete, bem como das circunstâncias fáticas examinadas por ocasião do processo de aplicação. A dimensão axiológica não decorre propriamente da norma, mas do exame feito pelo intérprete diante do caso que lhe é submetido. É evidente que a dimensão axiológica leva em conta o enfoque adotado pelo intérprete em relação aos fatos que lhe são apresentados. Por isso, uma dada norma ser ou não ser relevante para uma decisão. Sendo relevante, caberá ao intérprete delimitar a medida exata de tal relevância.(1)

A discricionariedade do julgador é fruto da interpretação a que se chega a partir de um certo contexto, mas que pode ser modificado em razão de alteração das coordenadas da situação hermenêutica.(2) Caso contrário, a jurisprudência seria algo absolutamente estático, o que não é verdade. Compreensão, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos são aspectos dinâmicos e formam um todo correspondente à unidade dialética do processo hermenêutico.(3)

Em relação à Constituição Federal, o julgador está vinculado à ordem jurídica dentro de limites intransponíveis. Portanto, a sua discricionariedade encontra limites a partir do espectro de soluções possíveis para o caso e, nesse espectro, deve eleger aquela que se afigurar mais justa. Para se chegar à decisão mais justa, é inevitável a subjetividade. Na interpretação das normas constitucionais, a discricionariedade é mais ampla, porque se deve levar em conta os interesses em jogo e os valores a serem preservados. Assim é que devem ser considerados os possíveis resultados concretos da decisão e eleger aquele mais aderente aos ideais de justiça de toda a nação.(4)

## 2. Significado do devido processo legal

### a) premissas

É grande a dificuldade em conceituar o devido processo legal e estabelecer sua real extensão e aplicação. Por isso, é uma expressão um tanto vaga e muito difícil de determinar.

Na experiência jurisprudencial norte-americana, verifica-se que não há interesse de se estabelecer uma definição precisa ao devido processo legal; percebe-se que, hoje, o importante não é delimitá-lo com uma precisão cartesiana (que não é própria da ciência jurídica, muito menos do direito positivo), mas é saber que o

devido processo legal influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos.

Sobre as dificuldades de definir a cláusula do devido processo legal e traçar-lhe contornos, é conhecida a manifestação do Juiz FRANKFURTER, da Suprema Corte Norte-Americana, onde se lê essa passagem: "due process não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo".(5)

Como todo e qualquer princípio, a experiência acerca da aplicação da cláusula do devido processo legal demonstra a sua sujeição às variantes histórico-culturais de cada tempo e lugar.(6) Gradativamente, nessa experiência, tal cláusula passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade.(7) Por isso, a garantia do tratamento paritário das partes no processo ou da paridade de armas diz respeito à igualdade substancial e ao devido processo legal substancial.(8)

Em termos gerais, a garantia do devido processo legal diz respeito aos princípios da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição, que são inerentes à democracia moderna.(9)

b) devido processo legal na sua acepção tradicional: procedural due process – devido processo legal processual

Tradicionalmente, não havia e não há dúvida acerca do nítido caráter processual da cláusula do devido processo legal. Aliás, traduzida a partir de seus elementos mais simples, essa garantia se resumia a um processo ordenado (orderly proceeding).(10)

Foi assim que essa garantia vigorou na antiga Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e mais tarde ingressou nas Cartas coloniais da América do Norte e depois, finalmente, na 5ª e na 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos. "Os primeiros julgados da Suprema Corte americana, que deram aplicação ao preceito do devido processo legal, fizeram-no, portanto, sob um enfoque estritamente processualístico (procedural due process), descartando, até mesmo por expresse, as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo. Essa vertente de entendimento sufragava a tese de que a 14ª Emenda buscava estender a todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos, independentemente de cor ou origem, os direitos e imunidades (privileges and immunities) concernentes à condição de cidadão, entre eles a plenitude da capacidade civil e a investidura para requerer em Juízo, além, é claro, do direito a um processo regular e justo (orderly proceeding)."(11)

No Brasil, no campo específico do direito processual, a regra do inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal tem o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.(12)

### c) devido processo legal substancial

Em termos substanciais, a doutrina brasileira é também contrária a confinamentos conceituais do devido processo legal. Nesse sentido, confira-se, a propósito, as palavras do tributarista ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA: "o conteúdo substantivo de due process é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais".(13)

A noção de devido processo legal substancial originou-se a partir de um caso concreto submetido à apreciação da Suprema Corte norte-americana no fim do século XVIII no qual foi examinada a questão dos limites do poder governamental.(14)

Modernamente, concebe-se o devido processo legal substancial como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal,(15) de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os landmarks do regime democrático. Significa "proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira".(16)

Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.(17) Aliás, a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados".(18)

A razoabilidade, que em direito civil é representada pelos valores do homem médio, está ligada à congruência lógica entre as situações concretas e as decisões administrativas e judiciais, ou seja, deve haver uma relação de adequação entre o fato e a atuação concreta da Administração e dos órgãos jurisdicionais (daí estar a razoabilidade ao lado da proporcionalidade); a razoabilidade atrela-se às necessidades da coletividade, à legitimidade, à legalidade e à economicidade. Aliás, toda a produção do Direito deve estar fundada na noção do razoável (logos do razonable - LUIS RECASÉNS SICHES),(19) que tem uma inegável dimensão axiológica fixada pelas circunstâncias do espaço e do tempo.

As noções de proporcionalidade e razoabilidade sempre caminharam juntas. Para quem as diferencia, a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim; já a razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral.(20)

A proporcionalidade expressa não somente a busca pela "justa medida" em um caso concreto, determinada por condições de espaço, tempo e cultura, mas também traz em si as noções de equidade, adequação, suficiência, ausência de abuso ou excesso, equilíbrio de conduta e idoneidade.(21)

O direito é a disciplina da convivência. As decisões judiciais não podem fugir dessa diretiva. Ou seja: é preciso visualizar o processo (e isso vale para todo e qualquer processo, inclusive o administrativo) a partir dos seus resultados e como instrumento apto a proporcionar decisões justas, razoáveis e proporcionais com a realidade.

Com o princípio da proporcionalidade, de nítido caráter geral, o magistrado deve fixar as premissas, determinar quais são os interesses conflitantes e estabelecer em que medida um princípio de caráter específico prevalece sobre outro.

Já o adjetivo "devido" refere-se à adequação de todos os atos de poder, sejam eles legislativos, jurisdicionais ou administrativos, com as expectativas mínimas do Estado Democrático de Direito.(22)

A cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, nada mais é que um "mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes".(23) Por isso constitui um instrumento típico do Estado democrático de direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação.

Por esse novo prisma, a cláusula do devido processo legal atinge não só a forma, mas a substância do ato, pois existe a preocupação de se conceder a tutela jurisdicional adequada que satisfaça os órgãos jurisdicionais e, mais ainda, a própria sociedade. Essa representa a convergência de todos os demais princípios e garantias, atingindo não só os atos dos órgãos jurisdicionais, mas também os atos legislativos e da administração; refere-se, portanto, ao controle da razoabilidade dos atos estatais. Não é por outra razão que constitui um "amálgama entre o princípio da 'legalidade' (rule of law) e o da 'razoabilidade' (rule of reasonableness) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais".(24)

Daí a concepção extremamente vaga do devido processo legal substancial, que, desde o início, veda a violação a direitos relativos à vida, à liberdade e à propriedade. Nas palavras do já citado tributarista ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, ao traçar o perfil evolutivo do conceito substantivo do due process of law

na experiência norte-americana, "a cláusula em apreço vinha a talhe de foice para se constituir em instrumento hábil a amparar a expansão das limitações constitucionais ao exercício do poder legislativo federal e estadual".(25)

A partir desse conjunto reiterado de decisões emanadas pela Justiça norte-americana, construiu-se o axioma segundo o qual "uma lei não pode ser considerada uma law of the land, ou consentânea com o due process of law, quando incorrer na falta de 'razoabilidade' ou de 'racionalidade', ou seja, em suma, quando for arbitrária".(26)

Historicamente, o devido processo legal substancial está, como destacado, ligado ao controle dos atos emanados pelo legislativo. Não obstante o controle seja sempre feito pelos órgãos jurisdicionais, o devido processo legal substancial, na sua configuração moderna, está muito ligado com a razoabilidade não só dos atos normativos, mas também daqueles administrativos e judiciários.(27) Como enfatizado por CALMON DE PASSOS, o devido processo legal substancial "carece de significação, se o Estado não reconhece ao indivíduo direitos que a ele mesmo, Estado, sejam oponíveis, funcionando como limites ao seu arbítrio de detentor dos instrumentos de coerção social".(28)

O devido processo legal processual e substancial representa, por todo o exposto, o núcleo central não da relativização (KAZUO WATANABE), mas da integração do binômio direito e processo, e procura dar o máximo de eficácia às normas constitucionais para a efetivação do controle dos atos de poder e da igualdade substancial das partes no processo.

### 3. Due process of law: convergência de todos os princípios, garantias e exigências do processo civil

A observância dos preceitos previamente estabelecidos na Constituição Federal e na lei significa respeitar o devido processo legal.

Isso significa que oferecer decisões motivadas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, é respeitar o devido processo legal. Há, portanto, uma superposição do devido processo legal sobre os demais princípios, garantias e regras constantes no ordenamento jurídico.

A idéia de núcleo central é inerente ao princípio constitucional do devido processo legal, que tem projeções no âmbito processual e substancial.

O art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, ao dispor que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", é verdadeiramente uma norma de encerramento, que tem a importância de prestigiar a legalidade e controlar aquilo que aparenta ser portador de ilegalidade.

No sistema norte-americano, são exemplos de incidência do devido processo legal substancial: "a) a liberdade de contratar, consubstanciada na 'cláusula de

contrato', afirmada no caso *Fletcher v. Peck* (1810) em voto de Marshall; b) a garantia do direito adquirido (*vested rights doctrine*); c) a proibição de retroatividade da lei penal; d) a garantia do comércio exterior e interestadual (*commerce clause*), fiscalizados e regradados exclusivamente pela União (art. 22, n. VIII, CF; art. 1º, Seção 8ª, n. III, da Constituição norte-americana); e) os princípios tributários da anualidade, da legalidade, da incidência única (*non bis in idem*) etc.; f) proibição de preconceito racial; g) garantia dos direitos fundamentais do cidadão".(29)

No sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar que o devido processo legal substancial está fundado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, mas principalmente em duas vertentes que serão postas em destaque no item a seguir. São elas: I) o controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais; II) a garantia da igualdade substancial das partes no processo.

Isso porque "a legítima limitação ao poder, mediante o *due process of law*, visa a impedir que a desigualdade impere no processo, tornando-o justo na exata medida em que assegure às partes participação paritária e proporcione o resultado esperado pela sociedade".(30)

#### 4. Projeções do devido processo legal substancial – do abstrato ao concreto

I) limitação ao poder legislativo: controle difuso e concentrado de constitucionalidade

O devido processo legal substancial diz respeito à possibilidade de "questionamento da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo".(31)

Na medida em que o devido processo legal substancial erigiu-se como uma forma legítima de limitação do mérito das normas jurídicas, o cumprimento dessa garantia também se realiza mediante o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das normas. Aliás, o escopo de afastar leis inconciliáveis com os princípios de Direito é uma tendência do direito público moderno, plenamente atingida no sistema norte-americano por meio do controle de constitucionalidade das leis, feito pelo Judiciário, e pelo seu exame a partir da cláusula do *due process of law*.(32)

No sistema brasileiro, como é sabido, o controle concentrado de constitucionalidade se realiza por meio da ação direta de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade.

Já o controle difuso é feito por todos órgãos jurisdicionais quando, incidenter tantum, afasta-se a aplicação de regra que viole os princípios e as garantias constitucionalmente erigidas. Assim, por exemplo, quando o julgador afasta o art. 38 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, que disciplina a cobrança judicial

ativa da Fazenda Pública, está permitindo o acesso à ordem jurídica justa e observando o devido processo legal substancial. Esse dispositivo impõe o depósito preliminar como condição essencial à propositura de demanda e discussão de débito fiscal, havendo farta jurisprudência considerando-o inconstitucional por meio do controle de incidente de constitucionalidade.

Toda lei que não seja razoável viola a noção de justo enquanto "lei da terra" e está infringindo o devido processo legal substancial. Por isso, sua aplicação deve ser afastada por meio do controle exercido pelos órgãos jurisdicionais.(33)

## II) limitação ao poder administrativo: controle dos atos administrativos

Mas esse controle não se restringe apenas a normas infraconstitucionais: o princípio amplo e vago do *due process of law*, pelo seu aspecto substancial, estará violado quando decisão administrativa violar as bases do Estado liberal democrático. Como decorrência natural, haverá violação da norma constitucional que tutela tal princípio.

É importante destacar nesse contexto a ampliação da garantia do controle jurisdicional no que concerne aos limites da censurabilidade dos atos administrativos por parte dos órgãos jurisdicionais. Embora a cláusula do devido processo legal e a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional estejam há tempos no direito constitucional brasileiro, os juízes vêm colocando um ponto final nessa divisão até então intocável entre os aspectos legais do ato administrativo – que podem ser examinados pelo Poder Judiciário (Súmula 473 STF)(34) – e o mérito do ato – que a previsão constitucional da separação dos Poderes do Estado não autoriza esse exame. A tendência é clara de fazer com que os órgãos jurisdicionais cheguem bem próximos ao mérito do ato administrativo (p.ex., nova análise de toda a prova produzida no processo administrativo), ampliando sensivelmente a sua órbita de controle. Isso significa, em síntese, reduzir os conflitos até então não submetidos à análise dos órgãos jurisdicionais, ampliando sua atuação.(35)

## III) limitação ao poder jurisdicional

### a) motivação das decisões

Nessa mesmíssima linha, a exigência da motivação das decisões judiciais significa, em síntese, a possibilidade de controle dos atos jurisdicionais pelos próprios órgãos do Poder Jurisdicional. Por ser uma forma de controle de ato estatal que se afigura ilegítimo, constitui projeção do devido processo legal substancial.

A exigência da motivação das decisões, constante do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal e do art. 131 do Código de Processo Civil, não constitui um



princípio, porque não tem o caráter de regra-mestra, de início ou ponto de partida.

Essa exigência tem relevância na medida em que estabelece o perfil político-democrático do processo. Por isso, constitui uma projeção do *due process of law*, este sim um verdadeiro princípio. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, decidiu: "a motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, sob pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo calcado no '*due process of law*', representando uma garantia inerente ao Estado de Direito".(36)

#### b) violação do direito à prova

As sentenças proferidas contrariamente a quem tenha regularmente requerido provas violam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que são projeções do devido processo legal, também nesse caso violado.

O devido processo legal substancial impõe ao julgador que seja oferecida igualdade de oportunidades processuais. Essa igualdade, no campo do direito à prova, revela-se na efetiva possibilidade de participação aos litigantes e significa, para o julgador, o dever de fazer observar a garantia do contraditório na exata medida em que autoriza às partes a encartar aos autos todos os elementos de que dispõe para atuar sobre seu convencimento.

#### c) respeito à competência

Uma das projeções do devido processo legal que impõe limitações inerentes ao Estado de direito diz respeito à impossibilidade de o juiz desrespeitar a competência constitucional ou legal de outros juízes. Ainda que a lei autorize um avanço sobre a competência de outro juiz, é também preciso verificar se outras garantias constitucionalmente eleitas não estão sendo desrespeitadas.

Assim, por exemplo, para que seja respeitada a igualdade entre as partes, afasta-se a cláusula de eleição de foro, quando esta violar o acesso à justiça, tutelado pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Para o devido processo legal substancial, torna-se imperativo afastar a aplicação do art. 111 do Código de Processo Civil, impondo o respeito a uma garantia, hierarquicamente superior, que tutela o acesso à justiça e a igualdade substancial entre as partes litigantes.

#### d) relativização da coisa julgada(37) e erro material (o parágrafo único do art. 741)

Afastar a coisa julgada fraudulenta, símbolo da denegação de justiça, é aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Esses dois princípios são decorrência do devido processo legal substancial, que permite a todo o tempo o controle de atos estatais arbitrários.

A lei processual, ao autorizar o magistrado a corrigir a qualquer tempo erros materiais (CPC, art. 463), está baseada na cláusula do devido processo legal substancial.

Acima da garantia constitucional da coisa julgada está essa cláusula, que garante o efetivo direito à jurisdição por meio de um processo e julgamento idôneo, adequado e razoável por uma autoridade imparcial e independente.

No entanto, é preciso ter sempre em mente que tal garantia tem por fim assegurar a estabilidade das relações jurídicas decididas por sentença ou acórdão não mais sujeito a recurso. Nesse sentido é o art. 474 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual não se podem suscitar questões não decididas no processo em que se produziu a sentença passada em julgado nem levantar pela primeira vez questões novas que ali não tenham sido postas e decididas. Trata-se da denominada coisa julgada que se opera em relação ao deduzido e ao dedutível. Tudo isso converge para a excepcionalidade da relativização da auctoritas rei judicatae. Abrir a possibilidade de discussão de situações já cobertas pela coisa julgada em muitos casos provocaria grave e inconcebível insegurança jurídica.

A teoria da relativização da coisa julgada converge para o campo axiológico, característico da interpretação dos princípios e das garantias constitucionais que norteiam o processo. Em síntese, o objetivo central de tal teoria é impedir que valores mais importantes sejam violados em nome da coisa julgada. Aplicar a relativização sem um extremo cuidado significaria pôr fim à própria teoria e importaria infringência frontal à garantia constitucional da auctoritas rei judicatae.

Mas o próprio sistema jurídico processual já vem gradativamente traçando as linhas gerais da disciplina da desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Por meio da medida provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, foi acrescentado um parágrafo ao art. 741, que teve ulteriormente sua redação alterada por força da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005: "para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

A desconstituição do título judicial em razão da inconstitucionalidade da norma em que está amparado é matéria estritamente vinculada à existência do direito material. Dessa forma, a matéria em questão não pode ser veiculada mediante objeção de pré-executividade (matérias de ordem pública: condições da ação e

pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo), mas por meio de embargos à execução contra a Fazenda Pública.

No entanto, como existe uma crescente orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de se admitir defesas de mérito na própria execução, desde que fundadas em prova pré-constituída, é possível admitir-se "exceção de pré-executividade" com amparo em sentença ou acórdão inconstitucional.(38)

Em que pese tal orientação, a ação de embargos à execução ou mesmo a ação cognitiva autônoma parece ser a via jurisdicional mais adequada para a alegação de matérias relativas ao mérito.

Além disso, numa primeira apreciação, parece que o aludido parágrafo diz respeito exclusivamente ao controle concentrado de constitucionalidade, realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade. Ao fazer menção à hipótese de desconstituição do título executivo judicial quando esse tenha fundamento em norma que incorra "em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal", o dispositivo parece também autorizar a conclusão de ser possível a desconstituição mesmo nos casos de controle incidental de constitucionalidade.

Apesar de possível tal interpretação (e será necessária uma análise mais acurada do tema para que o real alcance da norma seja desvendado), o sistema pátrio de controle de constitucionalidade, mediante o qual os efeitos da apreciação incidenter tantum da constitucionalidade produzem consequências exclusivamente para o caso concreto, pode conduzir à conclusão diversa. O excerto final do dispositivo diria respeito a situações como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando ocorram no seio do controle concentrado de constitucionalidade, tendo inclusive eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, par. ún., da Lei 9.868, de 10.11.1999). Todavia, prevalecendo a tese segundo a qual o dispositivo em análise se estenderia também para os casos em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle incidental, os embargos e eventual ação cognitiva autônoma terão um âmbito de aplicação mais amplo.

Como a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal pode ser realizada com eficácia ex tunc ou ex nunc, ou ainda em momento ulterior a ser fixado pelo Pretório Excelso (v. art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.99), por uma questão de lógica apenas é possível a desconstituição do título caso no momento da oposição dos embargos à execução a declaração já seja eficaz. Nesses casos, o título executivo judicial será desconstituído por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que essa decisão seja superveniente à formação do título, o que aparentemente colidiria com a garantia constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Entretanto, tal garantia não constitui um bem ou valor intocável, já que a legislação infraconstitucional pode regular as situações em que ela poderá ser afastada (cfr., p. ex., os incisos do art. 485 do Código de Processo

Civil). Conforme os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, nem toda declaração de inconstitucionalidade autorizará a desconstituição do título. Enquanto instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é fator de extrema relevância no alcance de escopo fundamental do processo, de estabilização das decisões judiciais. A desconstituição do título apenas será possível caso, na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e aquele albergado quando da declaração da inconstitucionalidade, esse último prevaleça no caso concreto.

Para que a declaração de inconstitucionalidade da norma determine a desconstituição do título executivo, é fundamental que a decisão judicial tenha alicerce exclusivo nessa norma. Se houver outro fundamento suficiente para lastrar a decisão, ela não pode ser desconstituída. Ademais, se a decisão tiver mais de um capítulo e esses capítulos forem autônomos, caso apenas um deles tenha fundamento em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível a desconstituição do outro capítulo.

Os embargos à execução fundados no aludido parágrafo atingem diretamente as razões que serviram de alicerce ao título executivo judicial, abrindo nova possibilidade de discussão acerca de matéria já decidida, só que agora com um fundamento adicional consistente na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O aludido parágrafo não retira simplesmente a eficácia executiva do título. O julgador não estaria se cingindo a aplicar uma sanção de ineficácia ao título com a declaração de que tal ato estaria em contraste com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Retirar a eficácia executiva significa apenas inviabilizar essa modalidade de tutela; o parágrafo único, além de permitir e viabilizar uma nova modalidade de desconstituição do título judicial, permite a declaração de que esse ato jurídico não está conforme a Constituição Federal. Esse dispositivo autoriza a declaração de inexistência do direito material sobre o qual se funda o título executivo, pela via jurisdicional dos embargos do executado ou por meio de ação cognitiva autônoma, antes ou depois de decorrido o prazo de embargos.

Ocorrida a desconstituição do título executivo por força da sentença proferida nos embargos à execução, para não ficar sem solução o processo que deu origem ao título, poderá ser cumulado nos próprios embargos opostos o pedido de novo julgamento da causa, ocorrendo, assim, a substituição da decisão proferida no processo originário pela sentença dos embargos. Uma outra solução seria tornar novamente pendente o processo originário para que outra decisão seja proferida, tal como ocorre na hipótese do art. 741, inc. I, do CPC. O importante é não deixar sem solução a demanda postulada no processo no qual foi constituído o título.

O aludido parágrafo, por ter um atributo rescisório, constitui um meio que o legislador encontrou para ampliar o prazo para a desconstituição do julgado, que, na ação rescisória, a teor do disposto no art. 495 do Código de Processo Civil, é

de dois anos.

#### IV) igualdade substancial

##### a) assistência judiciária

Ao observar a igualdade das partes no processo, caberá ao juiz compensar de modo adequado desigualdades econômicas e culturais de modo a permitir a efetiva, correta e tempestiva defesa dos direitos e interesses em juízo. "Tal é a igualdade real e proporcional, isto é, o tratamento desigual deve ser dispensado aos substancialmente desiguais na exata medida da desigualdade."(39)

Não obstante esteja constitucionalmente prevista a assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5º, inc. LXXIV), ela está muito longe de ser atingida. A assistência jurídica integral exige um sistema de seguridade social apto a auxiliar o jurisdicionado preventivamente e em juízo.

A Lei de Assistência Judiciária (Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950) não foi e continua não sendo apta a solucionar óbices ilegítimos ao acesso à justiça.

Problemas como custo do processo quando há a necessidade de o beneficiário demonstrar suas alegações por meio de prova pericial demonstram que muito necessita ser feito.(40)

Ainda sobre o custo do processo, o diferimento do pagamento de custas processuais, como as custas iniciais e o preparo, é meio eficaz para preservar a isonomia entre as partes litigantes.

Medida que também se afigura justa e permite o acesso à justiça é a dispensa, aos beneficiários da assistência judiciária, de efetuar o depósito prévio no valor de cinco por cento do valor da causa para a propositura de ação rescisória (CPC, art. 488, par. ún.).

Outro ponto importante é a isenção do pagamento de custas e das verbas de sucumbência ao autor da ação popular (CF, art. 5º, inc. LXXIII) e a gratuidade das ações de habeas corpus e de habeas data (CF, art. 5º, inc. LXXVII).

Grande avanço, nesse sentido, representou a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os juizados especiais, destinados a resolver causas cíveis de menor complexidade e causas penais de menor potencial ofensivo. No entanto, em muitos Estados falta a estruturação adequada dos juizados.

##### b) inversão do ônus da prova

A denominada inversão do ônus da prova, na realidade, nada inverte. Etimologicamente, inverter vem do latim *invertere* e significa mudar a ordem de, dispor de maneira contrária ao normal.(41) Portanto, quando se fala de inversão do ônus da prova quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a dispensa da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse,(42) de fazer prova de que aqueles fatos alegados pelo demandante não ocorreram ou, admitindo-os, que não produziram as conseqüências afirmadas na petição inicial (defesa direta) ou, ainda, apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da causa petendi descrita na petição inicial (defesa indireta).

A inversão do ônus da prova está presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo. Apesar da regra rígida contida no art. 333 do Código de Processo Civil, pelo parágrafo único desse dispositivo, é possível a inversão convencional do ônus de provar quando a questão versar sobre direito disponível e não dificultar excessivamente o exercício do direito de defesa.

O Código de Defesa do Consumidor representou um grande avanço a partir do momento em que disciplinou a inversão do ônus da prova por decisão judicial. Enquanto no sistema do Código de Processo Civil admite-se a inversão convencional, com as ressalvas contidas nos dois incisos do parágrafo único do art. 333, no sistema do Código de Defesa do Consumidor permite-se a inversão judicial do ônus da prova (CDC, art. 6º, inc. VIII). Essa nova situação jurídica processual tem estreita relação com o direito material, na medida em que a finalidade específica da norma é pôr fim à vulnerabilidade das alegações do consumidor no tocante à demonstração dos fatos constitutivos de seu direito.(43) Mas essa inversão não é incondicionada, pois, para que ela ocorra, os fatos devem ser verossímeis. Ao examinar a verossimilhança dos fatos deduzidos pelo consumidor em juízo, deve o julgador "imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor".(44) Isso significa condicionar a inversão à verossimilhança das alegações, que deve ser aferida segundo as regras ordinárias de experiência subministradas pela observação do que comumente acontece e ainda as regras de experiência técnica. A inversão judicial do Código de Defesa do Consumidor está condicionada à verossimilhança, a fim de evitar uma absurda e impossível onerosidade ao produtor de bens ou serviços. Sem incluir tal condicionamento, o dispositivo seria inconstitucional, pois violaria de tal forma a paridade substancial das partes no processo e a ampla defesa que impediria o acesso à ordem jurídica justa (CF, art. 5º, caput, incs. XXXV e LIV). Estaria também prestigiada a *probatio diabolica* e ignorada a possibilidade, da qual falou GOLDSHMIDT, já que de nada adiantaria a parte ser diligente em torno de um fato impossível.(45)

No Código de Defesa do Consumidor, o art. 6º, inc. VIII, tem por fim aprimorar os mecanismos internos do processo e preservar o tratamento paritário das partes, uma vez que, não havendo posições isonômicas dos sujeitos parciais do

processo, admite-se a inversão judicial do ônus da prova,(46) condicionada sempre à verossimilhança das alegações aduzidas pelo consumidor em juízo. Com isso, evitam-se desigualdades e preserva-se a igualdade substancial das partes no processo.

## Conclusão

As garantias constitucionais não precisam ser reafirmadas pela cláusula genérica do devido processo legal. No entanto, não resta dúvida de que essa cláusula realça e organiza o traço democrático de como essas garantias e as demais exigências constantes do ordenamento jurídico devem ser aplicadas. É, portanto, a matriz constitucional de garantias superiores voltadas a tutelar os direitos e, por que não dizer, as pessoas.

Pode-se afirmar que a cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de "inclusão" e "exclusão" característico do case system norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria.(47) Significa verificar in concreto se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal.

O modelo internacionalmente aceito do processo justo e equo está presente no sistema jurídico brasileiro e funda-se na cláusula geral do devido processo legal.(48) Por processo justo e equo deve-se entender aquele processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva.(49)

Direito ao justo processo é direito ao processo integral (tout court) em todas as suas fases – assegurado pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional que a Constituição Federal impõe por meio da tradicional expressão "garantia da ação". O mero ingresso em juízo não proporciona a efetividade do processo e muito menos um justo processo. É fundamental que o processo se realize com garantias mínimas: I) de meios, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas; II) de resultados, por meio da oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão, com a aplicação correta do direito material. Os meios adequadamente empregados constituem o melhor caminho para atingir bons resultados. O que

efetivamente importa não é apenas o emprego de meios adequados; eles de nada adiantarão se o julgador vier a decidir mal ou segundo seus próprios critérios de justiça, sem levar em conta os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência de séculos expressa nas garantias constitucionais, é grande a probabilidade de erro quando os meios adequados não são cumpridos. Daí surge a importância do conceito e do conteúdo substancial da cláusula *due process of law*, que mais se colhe pelos critérios de racionalidade e proporcionalidade.(50)

Respeitar as garantias mínimas de meios e de resultados significa efetivar o devido processo legal substancial e ao mesmo tempo fazer cumprir o objetivo central de todo o processo civil, que é justamente o acesso à ordem jurídica justa.(51) Eis o princípio-síntese a ser atingido mediante o devido processo legal; com ele atinge-se o processo justo, que é aquele portador de tutela jurisdicional a quem efetivamente tem razão – meios justos, resultados justos.(52)

Em relação ao devido processo legal substancial e ao acesso à ordem jurídica justa, há uma verdadeira identidade, já que, de um lado, representa verdadeira justiça substancial(53) e, de outro, constitui arrimo das liberdades e dos direitos fundamentais e projeta-se no processo como um sistema legítimo de limitações ao poder do juiz e, por consequência, de limites ao exercício da jurisdição na correta aplicação do direito dotado de indispensável razoabilidade (*fair and reasonable*). Em síntese, a essência do devido processo legal substancial é a proteção a toda e qualquer ação arbitrária e não razoável.(54)

## BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. "Devido processo legal judicial – enfoque tributário do princípio", in Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 36.

ARRUDA ALVIM, José Manuel et alli. Código do Consumidor comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARACHO, José Alfredo. Processo e Constituição: o devido processo legal. Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BLACK, Henry Campbell. Black's Law Dictionary. 6. ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990.



CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, São Paulo: Saraiva, 1981. -----. "Advocacia – O direito de recorrer à Justiça", in Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, 1978.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. "Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)", in Revista de Processo, v. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Constituição de 1988 e processo. São Paulo: Saraiva, 1988.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. "Igualdade perante a Lei e due process of law – Contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo", in Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, abril de 1948.

DELGADO, José Augusto. "Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais" in Carlos Valter Nascimento (org.), Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993. -----. Instituições de direito processual civil, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. -----. A Reforma do Código de Processo Civil, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. -----. "Relativizar a coisa julgada material", in Revista Forense 358 (2001), p. 11-32 -----. "Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa", in Recursos no Superior Tribunal de Justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991.

EMILIOU, Nicholas. The principle of proportionality in european law. London: Klumer Law International, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento", in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, out./dez. 1996.

FRANKFURTER, Felix. "O Governo da Lei", in Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, v. 169. Republicado no vol. 199.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. Madri: Labor, 1936, trad. da 2ª ed. alemã por Leonardo Prieto Castro.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- HOYOS, Arturo. "La garantia constitucional del debido proceso legal", in Revista de Processo, vol. 47.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à execução, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001. ----- . "Garantia do tratamento paritário das partes", in Garantias constitucionais do processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LOCKHART, William B., KAMISAR, Yale, CHOPER, Jesse H. e SHIFFRIN, Steven H., The american Constitution, 6. ed., Saint Paul, 1986.
- OLIVEIRA, Cybele. "Devido processo legal", in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 32.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.
- MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, Egon Bockman. Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D. e YOUNG J., Nelson. Constitutional law, 3. ed., Saint Paul, 1986.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Parecer n. 95", in Dez anos de pareceres, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.
- REIS FRIEDE, R.. "A garantia constitucional do devido processo legal", in Revista dos Tribunais, vol. 716, São Paulo, Revista dos Tribunais, junho de 1995.
- SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. Direito constitucional tributário e due process of law, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SICHES, Luis Recaséns. Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable". México: Dianoia, 1971.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TARZIA, Giuseppe. "Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile", in Studi parmensi, 1977.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle", in Carlos Valter Nascimento (org.), Coisa julgada inconstitucional, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. (em coop. com Juliana Cordeiro de Faria). ----- "Princípios gerais do direito processual civil", in Revista de Processo, vol. 3.

TROCKER, Nicolò. "Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali", in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, Giuffrè, junho 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Anotações sobre o princípio do devido processo legal", in RT 646, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1989.

WATANABE, Kazuo. "Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas", in Juizado Especial de Pequenas Causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

#### Notas:

1. Como observado por HUMBERTO ÁVILA, "a consideração ou não de circunstâncias específicas não está predeterminada pela estrutura da norma, mas depende do uso que dela se faz" (Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 53).

2. V. INOCÊNCIO MARTIRES COELHO, Interpretação constitucional, p. 96.

3. Cfr. ainda, INOCÊNCIO MARTIRES COELHO, Interpretação constitucional, p. 96.

4. Nessa linha, DANIEL SARMENTO, A ponderação de interesses na Constituição Federal, p. 108-109.

5. Voto no caso Anti-Facist Committee v. Mc Grath, 341 US 123, 95 L. Ed. 817 (1951), apud ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, Direito constitucional tributário e due process of law, n. 12, p. 33. V. também FELIX FRANKFURTER, "O

Governo da Lei", pp. 68-75 e CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, p. 56.

6. Nessa linha, ADA PELLEGRINI GRINOVER observa que "justiça, irrepreensibilidade, due process of law são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país". (As garantias constitucionais do direito de ação, p. 34).

7. V. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, p. 58; JOSÉ ALFREDO BARACHO, Processo e Constituição: o devido processo legal, p. 90.

8. V. TUCCI e CRUZ E TUCCI, Constituição de 1988 e Processo, n. 4, p. 16. Sobre a expressão paridade de armas, cfr. TARZIA, "Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile", p. 353 e ss..

9. Como bem observado por LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "o princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial – igualdade substancial – não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios" ("O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento", n. 2.1, p. 93).

10. Cfr. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, Direito constitucional tributário e due process of law, n. 5, p. 12-14.

11. CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, n. 3, p. 49.

12. V., entre outros, sobre o devido processo legal em seu aspecto formal, REIS FRIEDE, "A garantia constitucional do devido processo legal", p. 71-77; HOYOS, "La garantía constitucional del debido proceso legal", n. 1, p. 43-45; THEODORO JÚNIOR, "Princípios gerais do direito processual civil", p. 179; WAMBIER, "Anotações sobre o devido processo legal", esp. n. 1, p. 33. CALMON DE PASSOS observa que, para a efetivação do devido processo legal, três condições devem estar presentes: a) um juiz imparcial e independente; b) acesso ao Judiciário; c) contraditório (O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, p. 86). Como se verá, essas três condições têm um vínculo não apenas com os aspectos formais da cláusula do devido processo legal, mas também com seus aspectos substanciais, já que fundadas em garantias fundamentais do indivíduo.

13. Direito constitucional tributário e due process of law, n. 12, esp. p. 33.

14. Cfr. NELSON NERY JR. (Princípios do processo civil na Constituição Federal, n. 6, p. 38), com arrimo em LOCKHART, KAMISAR, CHOPER e SHIFFRIN

(The american Constitution, p. 246 e ss.), relata o caso *Calder v. Bull*, de 1798, que constitui o marco inicial da doutrina do judicial review, no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que os atos normativos, sejam eles legislativos ou administrativos, que violarem direitos fundamentais, ofendem o devido processo legal e estão sujeitos à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário. V. também CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, n. 3, p. 51.

15. HOYOS, "La garantía constitucional del debido proceso legal", p. 45.

16. DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, n. 94.

17. Cfr. TUCCI e CRUZ E TUCCI, Constituição de 1988 e processo, p. 15; SUZANA DE TOLEDO BARROS, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 209-15, esp. p. 210. A autora utiliza o termo razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, citando decisões do Supremo Tribunal Federal em que foi utilizado o devido processo legal substancial como meio de controle de constitucionalidade (op. cit., p. 125 e ss.).

18. RAQUEL DENIZE STUMM, Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro, p. 173.

19. V. Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable", p. 535-536.

20. MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA, Devido processo legal, p. 280-287, esp. p. 282, com arrimo em NICHOLAS EMILIOU, The principle of proportionality in european law, p. 39.

21. "Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais eqüitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação, seja na positivação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos" (v. SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, p. 199). Sobre devido processo legal e processo civil, v. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, "Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade", in Dos direitos humanos aos direitos fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 1997. E ainda três trabalhos recentes, frutos de pesquisas acadêmicas: GISELE GOÉS, Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça, São Paulo: Saraiva, 2004; RICARDO DONIZETE GUINALZ, Princípio da proporcionalidade e o processo penal, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002; e RAPHAEL AUGUSTO SOFIATI DE QUEIROZ, Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das

normas e sua repercussão no processo civil brasileiro, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

22. Cfr. SAN TIAGO DANTAS, "Igualdade perante a Lei e due process of law – Contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo", p. 362. V. ainda, em sentido semelhante e no âmbito específico do direito administrativo, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento", n. 10.1, p. 102; EGON BOCKMAN MOREIRA, Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99, p. 216.

23. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, n. 3, p. 50.

24. CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, n. 3, p. 77.

25. Direito constitucional tributário e due process of law, n. 11, p. 30.

26. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, p. 57.

27. V. EDUARDO ARRUDA ALVIM, "Devido processo legal – enfoque tributário do princípio", esp. n. 5, p. 77-78; EGON BOCKMAN MOREIRA, Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/99, p. 214.

28. - "Advocacia – O direito de recorrer à Justiça", p. 38.

29. NELSON NERY JÚNIOR, Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal, n. 6, p. 38-39, com apoio nos exemplos de NOWAK, ROTUNDA e YOUNG, Constitucional law, p. 484.

30. LUCON, "Garantia do tratamento paritário das partes", n. 4, p. 101-102.

31. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, p. 48.

32. Nesse sentido, SAN TIAGO DANTAS, "Igualdade perante a Lei e due process of law – Contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo", p. 362.

33. V. CYBELE OLIVEIRA, "Devido processo legal", p. 187.

34. Súmula 473: "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial".

35. V. DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, n. 96, p. 248.

36. REsp n. 493625/PA, 4ª T. do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.6.2003, in DJ de 29.9.2003, p. 262.

37. Sobre o recente e polêmico tema da coisa julgada inconstitucional, cfr. DELGADO, "Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais"; DINAMARCO, "Relativizar a coisa julgada material", p. 11-32; THEODORO JÚNIOR, "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle".

38. Foi PONTES DE MIRANDA, em parecer elaborado em 30 de julho de 1966, quem primeiro fez referência à possibilidade de o executado opor exceção pré-processual ou processual na execução, antes mesmo da penhora: "seria absurdo, por exemplo, que os juízes incompetentes, ou suspeitos, ou por despacho baseado em títulos falsos, ou sem eficácia contra o demandado (e.g., assinado por outrem, que tem o mesmo nome, ou assinado, em nome do demandado, sem que tivesse o subscritor poderes de apresentação ou de representação), pudesse determinar a penhora sem ensejo para alegação" ("Parecer n. 95", p. 131). E, mais adiante, PONTES DE MIRANDA observa que "o conceito 'embargos do executado' não exaure o de defesa do executado. A ação de execução da sentença ou de título extrajudicial faz nascer relação jurídica processual em ângulo, como a que se observa nas ações de cognição: exequente (autor), Estado (juiz da execução), executado (réu). De modo que todas as exceções processuais podem ser usadas pelo réu ou executado" ("Parecer n. 95", p. 134). NELSON NERY JUNIOR critica a expressão exceção de pré-executividade e sugere que a objeção na execução seja denominada objeção de pré-executividade (Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 129), expressão mais adequada, mas que não está longe de merecer críticas (v. LUCON, Embargos à execução, n. 89-91, p. 218-240). DINAMARCO, corretamente, faz referência a simples objeção do executado (Execução civil, p. 447).

39. LUCON, "Garantia do tratamento paritário das partes", n. 8, p. 111.

40. Felizmente, a jurisprudência, em importantes precedentes, tem se mostrado sensível a tais problemas ao entender que a assistência judiciária abrange também os honorários do perito. Cfr. STJ, RT 688/198; RSTJ 57/275. Em sentido contrário: RJTJERGS 167/270. V. THEOTONIO NEGRÃO, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, nota 7b ao art. 3º da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, p. 815.

41. BUENO, Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, p. 1.978.

42. Muito atual ainda é o ensinamento de GOLDSCHMIDT, segundo o qual o ônus, considerado como imperativo do próprio interesse, tem estreita relação com a possibilidade processual, pois toda possibilidade impõe à parte o ônus de ser diligente (Derecho procesal civil, § 2º, n. 3, p. 8, e ainda, § 35, n. 3, p. 203).

43. MATOS, O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, p. 196.
44. DINAMARCO, A Reforma do Código de Processo Civil, n. 106, p. 145.
45. Derecho procesal civil, § 35, n. 3, p. 203.
46. Cfr. ARRUDA ALVIM, Código do Consumidor comentado, cit., esp. p. 71, em comentário ao art. 6º.
47. Cfr. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, p. 55-56.
48. V., a propósito, COMOGLIO, "Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)", n. 10, p. 148.
49. Cfr. COMOGLIO, "Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)", n. 3, p. 104-110; TROCKER, "Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali", p. 381 e ss..
50. Em linha semelhante e certamente com arrimo em LUIGI PAOLO COMOGLIO, v. DINAMARCO, Instituições de direito processual, n. 94, p. 246.
51. A expressão "ordem jurídica justa" é atribuída ao processualista KAZUO WATANABE (cfr. "Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas", p. 161 e ss.). Para DINAMARCO, o "acesso à ordem jurídica justa" significa a "abertura de caminhos para obter soluções justas para conflitos e eliminação de estados de insatisfação — justas porque conformes com os padrões éticos e sociais da nação" (Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa, in Recursos no Superior Tribunal de Justiça, p. 251).
52. V. DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, n. 95, p. 247.
53. Vaughn v. State, 3 Tenn. Crim. App. 54, 456 S.W.2d 879, 883, in Black's Law Dictionary, p. 501.
54. Jeffries v. Turkey Run Consolidated School Dist., C.A. Ind., 492 F.2d 1, 3, in Black's Law Dictionary, p. 1429. Como observado por CELSO MELLO, a cláusula do devido processo legal "destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e colocá-la sob a imediata proteção da lei" (Constituição Federal anotada, p. 341).